

CONTRATOS BANCÁRIOS: NATUREZA JURÍDICA E TUTELA JURISDICIONAL^{*}

Munir Karam^{**}

1. Atividades bancárias. O tema dos contratos bancários é de atualidade permanente e de complexidade crescente. Interessa a vários ramos do Direito: civil, comercial, defesa do consumidor, penal e econômico.

Para enfrentar esse desafio é necessário que tenhamos presentes os diferentes conceitos jurídicos aplicáveis à espécie. É essa posição conceitual que vai permitir-nos distinguir os elementos tópicos e dar-lhes a solução adequada. Como disse um jurista italiano: *un gatto è un gatto e un leone è un leone. Se uno pensa che un gatto è un leone e un leone è un gatto, esso avrà dei grossi problemi.*

Os bancos, além de penetrarem e dominarem a vida quotidiana, ainda extrapolam as suas atividades restritas, prestando uma grande gama de serviços.

* *Palestra apresentada na Semana de Estudos Jurídicos, promovida pelo Centro de Estudos Jurídicos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pela Universidade do Vale do Itajaí — Campus IV, e pelo Centro Acadêmico de Direito de Biguaçu, de 23 a 26 de maio de 2000, em Florianópolis.*

** *Juiz do Tribunal de Alçada do Paraná, convocado no Tribunal de Justiça do Paraná; especialista em Direito Civil e Direito Comercial pela Universidade Estadual de Maringá; pós-graduado em Direito Romano e Direito Mediterrâneo pela Universidade de Roma La Sapienza; membro da Academia de Letras Jurídicas do Paraná; e Coordenador do Núcleo de Direito Civil do Seguro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.*

Por isso, as atividades bancárias são tomadas pelo legislador como objeto de regulamentação especial, e disciplinadas como operações muitas vezes ligadas à ordem pública e ao interesse coletivo.

Os bancos costumam efetuar três tipos diferentes de operações:

I — Operações de MOEDAS E CRÉDITOS, que se subdividem em DEPÓSITOS BANCÁRIOS e FINANCIAMENTOS.

O contrato de depósito é considerado a principal operação passiva do banco. É real, porquanto se efetua mediante a *traditio*, oneroso e unilateral, se considerarmos que o banco tem a obrigação de restituir o depósito, acompanhado do interesse.

Há uma dupla disponibilidade: a do banco, que capta e usa os recursos, e a do depositante, que pode exigí-los e utilizá-los em qualquer tempo, o que explicaria o duplo poder de dispor que se exerce sobre os mesmos recursos e que permitiu a realização moderna, pelo sistema financeiro, do milagre da multiplicação dos pães. O depósito bancário caracteriza-se como instrumento fiduciário, ensejando pois a existência da dupla propriedade, a real e efetiva, *do banco*, e a fiduciária, *do cliente*.

Os FINANCIAMENTOS, a seu turno, compreendem operações de mútuo, desconto de duplicatas, *factoring*, *leasing*, câmbio e cartões de crédito.

II — Operações de CRÉDITOS E SERVIÇOS, como ordem de pagamento, cobrança bancária, venda de valores mobiliários, crédito documentário (o banco convencionou com o comprador a abertura de um crédito em benefício do vendedor, que recebe o pagamento contra a entrega dos documentos referentes à exportação).

III — Operações apenas de SERVIÇOS, como fiança bancária, conta corrente com serviço de caixa e cofre de aluguel.

Alguns sustentam que somente as operações mistas de CRÉDITOS E SERVIÇOS ou apenas de SERVIÇOS estariam regidas pelo CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Mas essa concepção está superada pela jurisprudência e doutrina predominantes, que entendem estarem todas essas operações sob o pálio do CDC.

As operações de moedas e créditos são ativas e passivas. O banco capta os depósitos e reaplica parte deles em empréstimos e financiamentos. É evidente que essa captação tem um custo. O banco faz um papel de intermediação. Não irá emprestar por uma taxa menor do que o custo da captação, senão quebra.

Essa é — ou era — a principal atividade bancária. Os bancos têm, atualmente, uma receita muito grande com as até então consideradas operações *acessórias* de prestação de serviços.

2. O contrato bancário no anteprojeto do Código Civil. Pela importância dessas múltiplas e relevantíssimas atividades, os bancos sofrem a regulamentação do governo federal. O anteprojeto do Código Civil tinha um capítulo reservado aos contratos bancários (arts. 866 a 889). Mas foi ele retirado do projeto, por considerar-se que tal atividade deveria ser regulada por lei complementar, a teor do disposto no art. 192, seus incisos e parágrafos, da Constituição da República, que trata do SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, no qual se encontra a polêmica regra sobre *juros reais*. Dentre a competência privativa da União, definida no art. 22 da Carta Magna, cabe a de legislar sobre *política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores* (inc. VII).

Mas muitos embates, com certeza, irão despertar os capítulos Da mora e Das perdas e danos, no projeto do Código Civil.

O projeto incorporou a correção monetária (conforme índices oficiais) às perdas e danos, que abrangem ainda juros, custas e honorários, sem prejuízo da pena convencional (art. 404).

Mas há um parágrafo único no art. 404, pelo qual *pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar*, provado que os juros da mora não cobrem o prejuízo e não havendo pena convencional.

Na ausência de taxa de juros moratórios, dispõe o projeto que “...serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional” (art. 406). Este dispositivo conflita com o texto constitucional dos juros reais. Além disso, a taxa SELIC vem sendo questionada no STJ, em incidente de argüição de inconstitucionalidade, porque não foi criada por lei, ferindo pois o art. 150, I, da Constituição da República.

Quero chamar também a atenção para o art. 591 do projeto, que trata do mútuo para fins econômicos, dispondo presumirem-se devidos juros, “os quais, sob pena de redução, não poderão exceder a taxa a que se refere o art. 406, permitida a capitalização anual”.

É muito provável que as instituições financeiras fiquem a salvo desses dispositivos, a exemplo do que acontece com a Medida Provisória n. 1.965, que em seu art. 1º declara nula de pleno direito, nos contratos de mútuo, a taxa de juros superior às legalmente permitidas, exceto em se tratando de contratos bancários ou assemelhados.

3. O sistema financeiro e o direito bancário constitucional. Podemos considerar que um *sistema financeiro* ganha dimensão jurídico-científica desde o momento em que concite o surgimento de um corpo de regras jurídicas que lhe sejam dirigidas. Tais regras pressupõem um mínimo de liberalização econômica e um máximo de intervenção estatal. Trata-se de ocorrência recente, a partir do séc. XIX. Antes dela qualquer iniciativa dispensaria aprovação que definisse fronteiras e regimes, nem sequer se podendo falar em disciplina jurídica. Alcançou, agora, foros de constitucionalidade. O sistema bancário é regido por lei própria (Lei n. 7.913).

Pode-se dizer que temos, pois, um *direito bancário constitucional*. Deflui dele o poder amplo que o Estado possui para regular o sistema financeiro. Fazendo-o, o Estado delimita o âmbito de aplicação das próprias normas, isto é: define, para efeitos jurídicos, o que entende por sistema financeiro e quais as entidades que podem ser incluídas nesse conjunto ordenado. É mais correto falar-se latamente em sistema financeiro do que em sistema bancário, que abrange, além dos bancos, outras instituições de crédito e sociedades financeiras.

Temos então duas categorias de relações bancárias: de ordem pública e de ordem privada.

A primeira, com a regulação do Estado, que considera o fenômeno bancário em função da propulsão econômico-financeira e, mediante disposições proibitivas ou imperativas, imprime a disciplina geral das atividades bancárias. A segunda, quanto à clientela que se utiliza do banco.

Aliás, uma das questões que sempre aflora nos debates jurídicos é a de saber quais as hipóteses em que as normas de direito econômico são consideradas como sendo de ordem pública. Se elas forem de ordem pública, têm aplicação imediata, sobrepondo-se inclusive ao contratado. Não há direito adquirido. Tal sucede, por exemplo, na mudança de padrão monetário. Se a prestação era em cruzados novos ou em unidade real de valor, não posso usá-los se o padrão monetário mudou para cruzeiros ou para reais.

Assim, os elementos normativos ou os tipos bancários podem ser legais, que são os predominantes, regulamentares ou usuais.

Conforme possam ou não ser afastados pela vontade da parte, tais elementos são injuntivos ou supletivos. Em qualquer hipótese, são sempre contratos de adesão, submetidos às condições gerais. Como se trata de atividade de massa, seria impossível celebrarem-se contratos personalizados.

A atividade bancária pode ser classificada como os negócios jurídicos em geral. Teremos assim, quanto ao conteúdo, situações jurídicas simples e complexas, uni e plurissubjetivas, absolutas e relativas, patrimoniais e não-patrimoniais, ativas e passivas, analíticas e compreensivas.

Em regra é possível dizer que os negócios jurídicos bancários são patrimoniais, contratuais e onerosos, não se diferenciando em muito dos contratos típicos da vida civil e comercial, como mútuo, mandato, locação, fiança etc.

4. A correção monetária nos contratos bancários. A atividade bancária consiste, preponderantemente, na intermediação do *crédito*. De um lado, é feita a captação do capital, com os investidores; de outro, realizam-se os empréstimos pela aplicação desse capital.

O custo da primeira operação é representado pela chamada *taxa de captação*. E o custo da segunda, pela *taxa de mercado*.

Para o que nos interessa, a taxa de mercado cobrada dos tomadores de empréstimos tem os seguintes componentes: a) risco; b) correção monetária; c) custo operacional, encargos tributários; d) remuneração do capital (= juros).

Essa taxa, quanto ao componente *correção monetária*, tem sido praticada sob três modalidades:

— *prefixada*: a correção monetária é estabelecida no dia da celebração do contrato;

— *pós-fixada*: a correção será correspondente à variação do indexador escolhido, no dia do vencimento do contrato;

— *flutuante*: a certos períodos é calculada a correção conforme o valor então encontrado. Têm sido utilizadas as taxas ANDIMA e ANBID. É prevista pela Resolução n. 1.143, de 26/6/86, e pela Circular n. 1.047, de 9/7/86, do Banco Central. A jurisprudência dos Tribunais tem entendido que a cláusula que prevê a incidência da comissão de permanência pelas taxas da ANDIMA ou da ANBID é abusiva e, portanto, ilegal.

É praxe bancária vincular a esses empréstimos uma nota promissória em garantia, com valor até 150% superior ao total do débito contraído, com a finalidade sobretudo de vincular o avalista.

Mas há bancos que, infelizmente, recorrem a uma prática abusiva. Preenchem a cártula com o vencimento *à vista*, mas com o valor de garantia 150% acima da correção prefixada e, posteriormente, colocam a

data da emissão como sendo aquela da *celebração* do contrato e não do *vencimento* da obrigação. O resultado é que o débito, embora a prazo, se considera vencido na mesma data da assinatura do contrato, impondo-se então uma dupla correção monetária, vale dizer, além daquela representada pela cédula, pois nela embutido o percentual de 150%, a outra própria à execução judicial.

Fato mais grave ainda ocorria quando eram inseridas nos contratos cláusulas pelas quais o devedor constituía como seu bastante procurador uma empresa coligada ao próprio banco credor, para em seu nome emitir títulos de crédito e prestar avais.

No conflito efetivo de interesses entre o representado e o terceiro, o representante sempre tomará o partido deste, traindo assim o mandato.

A doutrina que nega validade ao contrato consigo mesmo invoca os seguintes motivos: a) a ausência de consentimento; b) o conflito de interesses.

O Superior Tribunal de Justiça, na Súmula 60, fulminou de nulidade tal obrigação cambial, *verbis*:

“É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

5. O contrato bancário e o Código de Defesa do Consumidor.

Questão controvertida é a de saber se o CDC aplica-se aos contratos bancários. Para os que adotam o critério finalista, é necessário que esteja presente a relação de consumo. Assim, não poderá operar em relação a empresas que fazem mútuo para capital de giro ou compra de ativo imobilizado.

O sistema bancário é regido por lei própria (Lei n. 7.913). O banco capta e repassa. Faz intermediação. A captação tem um custo, o repasse é condição do negócio jurídico.

O prof. Arnaldo Wald não admite que o sistema seja regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Para ele, o dinheiro é bem fungível, não estando sujeito às suas regras. Admite exceção apenas quando o financiamento seja contrato secundário de uma outra relação, que implique em consumo.

Mas o Código de Defesa do Consumidor, ao definir no art. 3º e seus §§ *fornecedor, produto e serviço*, é muito claro ao dispor que “*serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária...*”.

Não se trata de dinheiro, mas de crédito. Consumo e crédito são duas faces da mesma moeda.

Cláudia Lima Marques destaca os *contratos cativos de longa duração*, que amarram as partes por longo período. São relações em que o consumidor está diante de autênticas cadeias de fornecedores. É o caso do cliente de um banco múltiplo, ao qual são oferecidos, além da conta corrente, cheque especial, cartão de crédito, diversas modalidades de investimentos e seguros. O modelo contratual de *prestação de serviços* é imposição da modernidade. Está tendo destaque muito maior do que os demais, no campo das obrigações. E é tratado tão timidamente no projeto do Código Civil. Diante desse quadro é preciso definir uma nova relação contratual, cujos princípios são a boa-fé e a proteção da confiança despertada no consumidor.

É necessário ir além e tomar cautelas inclusive pré-contratuais. Ter cuidado na redação das normas (Ver Eros Grau), que exige clareza, transparência.

A boa-fé é um dos pilares do Código de Defesa do Consumidor, limitando o direito subjetivo (de contratar). A boa-fé VALORIZA A LEALDADE DE AMBAS AS PARTES.

O crédito não é só garantia. Deve ser examinada a capacidade de pagamento do cliente e a viabilidade do projeto.

Cada vez mais estamos diante de um relacionamento impessoal em que a aprovação do crédito é feita pelo computador. É área extremamente delicada porque o erro de conduta gerencial pode causar danos imprevisíveis. Veja-se, por exemplo, uma suspensão abusiva do fluxo de créditos, ou cessação da renovação do crédito, o que poderia levar o mutuário do inadimplemento à insolvência.

O cerne do contrato é a cooperação entre as partes e não a exploração de uma pela outra. Contrato relacional. Visão mais ampla das relações contratuais. As cláusulas abusivas são de nulidade absoluta, insanáveis, devem ser revisadas. O art. 51, IV, do CDC, nulifica as cláusulas que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade. Os contratos de longo prazo devem constituir uma unidade. Privilegia-se a cooperação em vez da contraposição.

O professor argentino Rubens Stiglitz enfatizou, no contrato bancário, a importância das condições gerais (cláusulas predeterminadas destinadas a se inserirem em contratos futuros, especificando os seus efe-

itos) e o fato de o contrato de adesão ser uma de suas espécies. O banco é o titular do poder de negociação.

Considerou as cláusulas abusivas como um capítulo patológico. Exemplos: a — suprimem ou limitam as conseqüências aos bancos; b — conferem aos bancos o direito de modificar unilateralmente os contratos; c — adesão do cliente a cláusulas desconhecidas (o contrato está registrado no Cartório de Títulos e Documentos da Capital). O desequilíbrio contratual seria pressuposto da má-fé. O Banco Central argentino criou um serviço de assistência ao usuário.

6. Liquidez da dívida apesar da cláusula de reajuste. A estipulação dos reajustes pactuados não desnatura a liquidez do débito pois, caso contrário, jamais poderia haver títulos cambiais ou cambiariformes com taxas remuneratórias pós-fixadas.

Para Humberto Theodoro Júnior, *“Não são, porém, ilíquidos os títulos que, sem mencionar diretamente a quantia exata da dívida, indicam todos os elementos para apurá-la mediante simples operação aritmética em torno de dados do próprio documento. Destarte, a cláusula de juros, por exemplo, não retira a liquidez do título”* (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IV, pág. 181).

Theotonio Negrão também anota precedente jurisprudencial que se amolda à espécie vertente: *“Acréscimos que podem ser apurados por simples cálculo do contador, como correção monetária e juros, não tiram a liquidez e a certeza do débito”* (CPC e legislação processual em vigor, 20ª ed., nota 4 ao art. 586).

O colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu no mesmo sentido, conforme ementa publicada na RSTJ, vol. 21, pág. 397, sendo relator o Min. Barros Monteiro:

“Nota promissória e contrato de financiamento. Desconformidade entre o valor cobrado e o constante dos títulos.

“A dívida não deixa de ser líquida, se precisa, para saber em quanto importa, de simples operação aritmética.

“Recurso conhecido e provido”.

No julgamento do REsp. n. 4.912—MG, o STJ reafirmou a tese, em acórdão de que foi relator o Min. Athos Carneiro:

“A liquidez dos títulos não fica prejudicada pela alegação de cobrança excessiva de comissão de permanência ou de encargos contratuais, devendo eventuais excessos de execução ser abatidos do montante exequendo” (RSTJ, vol. 24, pág. 376).

A Medida Provisória n. 1.963, em sua 17ª edição, incluiu o art. 5º, permitindo a capitalização dos juros em contratos inferiores a um ano. A norma foi argüida de inconstitucional, porque não se trata de matéria urgente, a ser regulamentada em medida provisória.

O parágrafo único do mesmo artigo dispõe que o devedor pode solicitar a apuração do valor exato da obrigação, ou do seu saldo devedor, o que será feito por planilha de cálculo que evidencie de modo claro, preciso e de fácil entendimento e compreensão o valor principal da dívida, seus encargos e despesas contratuais, a parcela de juros e os critérios de sua incidência, a parcela correspondente a multa e demais encargos contratuais.

7. A crise do sistema. A ação revisional. Neste quadro o que mais se pergunta é por que o banco capta remunerando a taxas de 1, 2%, se tanto, e repassa cobrando taxas de 6, 7, 8% ao mês.

Quero ensaiar uma explicação. Antigamente, o banco analisava o *spread* (risco) em relação a cada cliente e aplicava a taxa. Com a crise asiática, o Banco Central dobrou os juros para pagar a agiotagem internacional. Nunca a Receita Federal arrecadou tanto, com o pacote de novembro de 1998, como nos primeiros meses de 1999. Mas esse dinheiro, bem como o dinheiro das privatizações, sumiu. Calcula-se que foram aplicados 18 bilhões de dólares no pagamento dos juros a investidores estrangeiros, que deveriam ser para amortizar o principal da dívida. Não é à toa que as nossas reservas chegaram a beirar 74 bilhões de dólares. Hoje estão em 28 bilhões.

Enquanto houver garantias, como a Petrobrás, a Eletrobrás (o sistema Telebrás já se foi), o capital estrangeiro continuará aplicando. Depois, como controlar a sua volatilidade? Mas esse fato serviu para aumentar a inadimplência. Formou-se uma corrente. Empresas sólidas, bem administradas, passaram a operar no vermelho.

O que os bancos e financeiras fizeram?

O cliente passou a responder pelo *spread* coletivo. O bom pagador está cobrindo o risco daqueles que se tornaram inadimplentes pela perversidade do sistema. Mas causava espanto ouvir de ex-presidente do Banco Central que nada faria — como nada fez — para controlar os juros. O crédito fácil aumentaria o consumo e traria de volta a inflação. Só que o remédio está pior do que o mal que se pretende evitar. Estamos ainda em desemprego acentuado, sem afastar os riscos da recessão.

O que faz o mutuário, quando sente que não mais pode pagar a dívida contraída? Se recorrer ao crédito bancário, a sua margem de lucros nem sequer pagará os interesses.

Não sendo possível uma composição amigável, pede a revisão do contrato.

8. (I) Os casos de revisão: a lesão. A revisão pode ocorrer em duas hipóteses. A primeira delas diz respeito aos vícios que atingem o sinalagma genético, como a lesão e as cláusulas abusivas.

A segunda, no curso do contrato, nas hipóteses de onerosidade excessiva, teoria da imprevisão ou desequilíbrio na base objetiva do negócio jurídico.

Dentre os defeitos do negócio jurídico, inclui-se a LESÃO, prevista na Lei n. 1.521, que trata de crimes contra a economia popular, *sub nomine iuris* de *usura real*. Apenas que não integra o tipo o que CICALA denominou de *dolo di sfruttamento*, basta o lucro patrimonial *desproporcional*, em razão da inexperiência ou premente necessidade da parte. A premente necessidade não significa indigência, mas uma situação que limite sensivelmente a liberdade volitiva do contratante. A inexperiência é a falta de conhecimento prático, a ignorância das peculiaridades do negócio, embora possa ter conhecimento e prática em outros. Não será ele anulado se for oferecido suplemento suficiente ou redução do proveito.

É importante observar que a Medida Provisória n. 1.965, em sua 14ª edição, no inc. II do art. 1º, nulifica de pleno direito as estipulações usurárias, assim consideradas as que estabeleçam, nos negócios jurídicos, “*lucros ou vantagens patrimoniais excessivos, estipulados em situação de vulnerabilidade da parte, caso em que deverá o juiz, se requerido, restabelecer o equilíbrio da relação contratual, ajustando-os ao valor corrente, ou, na hipótese de cumprimento da obrigação, ordenar a restituição em dobro da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar da data do pagamento indevido*”.

Não obstante, de forma estranha e até mesmo discriminatória, em seu art. 4º, aquele diploma legal excluiu as instituições financeiras, as instituições autorizadas a funcionar pelo BACEN e as sociedades de crédito.

9. (II) Os casos de revisão: a teoria da base objetiva do negócio jurídico, a onerosidade excessiva e a teoria da imprevisão. A teoria da base objetiva do negócio jurídico, criada por Paul Oertmann, aperfeiçoada por Karl Larenz e divulgada entre nós pelo saudoso e inesquecível Clóvis do Couto e Silva, vincula-se à finalidade real do contrato e procu-

ra responder à questão de saber se a intenção geral dos contratantes pode ainda efetivar-se, em face das modificações econômicas sobrevindas. Leva em conta a posição de ambos os figurantes.

A base objetiva decorre de uma *tensão* ou *polaridade* entre os aspectos voluntaristas do contrato — aspecto subjetivo — e o seu meio econômico — aspecto institucional —, o que relativiza, nas situações mais dramáticas, a aludida vontade, para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente. Essa tensão, como se disse, constitui a base objetiva do contrato. Sob o aspecto subjetivo, de expectativa ou previsão comum de ambas as partes, encontra obstáculo no art. 90 do CC.

Não atua de modo automático, como a cláusula *rebus sic stantibus*, pois pressupõe sempre um juízo de valor a respeito da importância das modificações do meio econômico em que o contrato se realizou. Permite que o juiz adapte o contrato com mais liberdade.

Pela teoria da base do negócio, basta que o fato seja imprevisto. O fato não precisa causar onerosidade excessiva. O contrato torna-se inútil (Exemplo do rebocador que é contratado, mas a maré sobe e o navio desencalha. É evidente que as condições da base do negócio não são mais as mesmas. Houve um fato imprevisto, mas não onerosidade excessiva.), ou a base do negócio jurídico desaparece porque, dentro da relação obrigacional, destrói-se a equivalência das prestações, que é a base da bilateralidade contratual.

Mas a onerosidade excessiva está expressamente prevista no CDC, como causa de revisão do contrato. O art. 6º do referido diploma legal, a par do inc. II, que assegura a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações, dispõe, no inc. V, ser direito do consumidor a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem *excessivamente onerosas*. Podemos pensar, por exemplo, nos contratos de aquisição de imóvel pelo SFH, que são reajustados pela TR, enquanto os salários dos servidores públicos permanecem congelados. É evidente que tal leva ao desequilíbrio contratual.

Creio que, nessa hipótese, sempre caberá a ação revisional.

Costuma-se também falar da teoria da imprevisão. Creio que a sua aplicação seja bem mais difícil. Além do fato imprevisível e extraordinário, devem agregar-se outras condições objetivas para que se possa invocar a teoria da imprevisão, no mútuo feneratício.

Os subsídios retirados da doutrina e do direito comparado permitem-nos esboçar o seguinte rol dessas condições:

a — é preciso que se trate de contratos de execução diferida ou continuada e não de curto prazo;

b — onerosidade excessiva para o devedor, não compensada por outras vantagens auferidas anteriormente, ou ainda esperáveis, dentro dos termos do ajuste;

c — extrema vantagem ao credor, como consequência direta da superveniência imprevista;

d — o benefício excepcional não pode ser concedido ao devedor que tenha contribuído, por culpa ou pela mora, para colocar o contrato à mercê das circunstâncias imprevisíveis. Nos termos do art. 1.092 do Código Civil, a parte inadimplente não pode pedir a resolução do contrato.

10. A questão da revisão de contratos anteriores ou já extintos.

Questão tormentosa é a de saber se é possível ao mutuário, na ação revisional, discutir não apenas o contrato em curso, mas aqueles que o antecederam, aqueles que deram origem a uma consolidação da dívida em novas condições, operando uma novação ou uma reforma.

O mais das vezes o mutuário nem sequer possui a prova documental dessas operações anteriores. Mais grave é quando isso se faz por meio de uma confissão de dívida, porque ela representa não apenas a comprovação do débito, como uma ratificação de toda a cadeia anterior.

A professora Cláudia Lima Marques defende a revisão inclusive de contratos já extintos.

Diz ela que se a relação for vista como algo contínuo o Judiciário teria poderes para controlá-la desde o início. O CDC trata o abuso como nulidade absoluta. Por isso ele não pode ser sanado pela manifestação de vontade das partes — nem pelo pagamento, nem pela novação, confissão de dívida ou títulos abstratos.

A dívida assim poderia ser revista, ainda que se tratasse de contrato extinto, conforme a visão tradicional. Seria uma espécie de pós-eficácia dos contratos, em virtude de uma interpretação da relação contratual, a partir do princípio da boa-fé.

Mas não devemos esquecer que o revisionismo ilimitado e incondicional pode levar também à insegurança jurídica. Como adverte Antônio Menezes Cordeiro, “no direito bancário como, em geral, na vida dos negócios e na vida pessoal, os acordos devem ser cumpridos a todo o custo, apenas nos limites últimos da boa-fé. É um *minimum* de coesão social que tem de ser exigido, sob pena de tudo converter em litígios” (Manual de Direito Bancário, pág. 363). Caio Mário da Silva Pereira também adver-

tia que o comércio jurídico baseia uma grande porção de sua existência no contrato, fonte de direito: “Permitir que seja revisto, alterado ou desfeito, pela razão de sofrer uma das partes um prejuízo oriundo de sua inferioridade é abrir a porta à discussão de toda avença” (Lesão nos Contratos).

A revisão implica em profundo estudo das cláusulas contratuais, dos lançamentos nos extratos bancários e do levantamento de toda a documentação. É recomendável a assistência de um perito em contas bancárias. Entendo, como aspecto dos mais importantes, que deveriam fazer parte dos currículos do curso de Direito disciplinas que estudassem a *análise jurídica dos contratos*, e a *análise econômica dos contratos*. Os operadores do Direito, em nosso país, com as naturais exceções, não procedem à leitura dos contratos, e, se o fazem, não sabem como interpretá-los. A Escola da Magistratura Francesa criou cursos de especialização a seus juízes para estudar os contratos bancários.

A análise jurídica cuida de examinar a justiça dos contratos e a econômica, a sua certeza.

11. Ações declaratórias e embargos do devedor. É freqüente que o devedor ajuíze ação declaratória tendo como objeto cláusulas abusivas do contrato. O banco, porém, ajuíza a execução e o devedor vem discutir a mesma matéria, agora em sede de embargos.

O que sucede? Temos várias hipóteses.

Admitamos que, após ajuizada a declaratória, sobrevenha a execução. Nessa hipótese, deve o executado desistir da declaratória e opor os embargos, ou, então, deve requerer o apensamento da declaratória à execução, pedindo seja processada com os efeitos dos embargos.

Mas e se a ação declaratória já estiver sentenciada, pendendo de recurso? Se o devedor opuser embargos, não haverá conexão, porque já há sentença. Coincidindo a declaratória e os embargos na identidade de partes e de objeto, teremos litispendência, ou mesmo continência, que é a litispendência parcial. Nessa hipótese, deve o juiz extinguir os embargos sem julgamento de mérito e aguardar a decisão do recurso.

Se a declaratória foi julgada procedente, desconstituindo o título, haverá coisa julgada, tendo ele perdido a sua eficácia.

Na execução, como incide a taxa dos juros prevista no contrato?

Surge nova questão polêmica.

Há quatro correntes a respeito do tema no Tribunal de Alçada do Paraná.

Uma delas admite os *juros reais* incondicionalmente (12% ao ano), desde o momento da contratação até o do efetivo pagamento, desprezando-se as taxas contratadas. A segunda entende que as partes devem submeter-se aos encargos pactuados, projetando-se estes no período do inadimplemento, até o efetivo pagamento. A terceira, à qual me filio, sustenta que os encargos livremente pactuados são exigíveis no período contratual. No período do inadimplemento, o débito será corrigido conforme índices oficiais, mais juros moratórios legais (6% a.a.) ou convencionais (12% a.a.). Dessa ótica, perde em muito de importância a temática dos juros reais, posto que eles já são assim normalmente aplicados aos débitos judiciais. A última corrente, finalmente, entende que os encargos contratados são devidos até a data do ajuizamento da execução.

12. A responsabilidade civil dos bancos. Ao participar do 1º Simpósio Internacional de Direito Bancário, promovido pela Carta Maior, chamou-me muito a atenção o painel sobre o tema “Responsabilidade Civil das Instituições Financeiras pela Má Concessão de Crédito”. Perguntava-me em que hipóteses tal seria possível e quais as consequências.

Impressionou-me a exposição do jurista português Antonio Menezes Cordeiro, autor de obra importante, modestamente intitulada Manual de Direito Bancário.

Disse estar perplexo sobre o sistema de responsabilidade civil adotado no Brasil. Não conseguira chegar à conclusão de qual seria ele. Enfatizou três diferentes modalidades. A primeira, o sistema baseado na unidade da culpa pura, radicado no Código de Napoleão, mas abandonado até na França. No direito napoleônico (art. 1.382), a responsabilidade exige que alguém pratique um dano com *faute* (corrente, mas erroneamente traduzida por *culpa*). A segunda, atualmente adotada naquele país, tendo como conceito de *faute* o misto de culpa mais ilicitude. Não basta a conduta negligente, é preciso que ocorra também a violação da norma. E a terceira é o sistema germânico, baseado na boa-fé contratual. Por ele, faltando a boa-fé, pode-se exigir a revisão contratual. O esquema *preventivo* funciona *a priori*. O esquema napoleônico é repressivo (art. 1.384). Marcado pela generalidade. Difere a culpa da ilicitude, que restringe a responsabilidade civil.

A teoria da *causalidade adequada*, para Menezes Cordeiro, é vazia. Não é critério autônomo. Tem de ser preenchida. Contraposta a ela há a *causalidade normativa*: danos aos bens *protegidos pela norma*. A teoria da causalidade adequada foi inspirada na teoria do filósofo alemão Von Kries. Coloca o problema da relação de causalidade como uma questão

científica de probabilidades. Quando há mais de uma causa dentre os antecedentes do dano, há que se destacar aquela que está em condições mais *adequadas* de tê-lo provocado. Mas os seus críticos dizem que *probabilidade* não é certeza. O Código de Napoleão adotou o conceito de *equivalência das condições*. A equivalência resulta de que, suprimida uma das causas, o dano não se verificaria. Um dos fatos culposos, pela gravidade, absorve todos os outros. Também sofreu críticas porque não se pode apontar, arbitrariamente, na cadeia dos fatos, um deles como gerador da responsabilidade. A causalidade normativa caracteriza-se por responsabilizar quem causa dano a um bem tutelado pela norma. Cabe estabelecer, em face do direito positivo, que houve uma violação de direito alheio e um dano, e que existe um nexo causal, ainda que presumido, entre um e outro. Ao juiz cumpre decidir com base nas provas que ao demandante incumbe produzir. O Código Civil, em seu art. 1.060, exige que haja, entre a inexecução da obrigação e o dano, uma relação de causa e efeito, *direta e imediata*. A causa próxima toma lugar da remota.

A responsabilidade contratual é napoleônica, a delitual é alemã.

Pergunta Menezes Cordeiro qual o melhor esquema para responsabilizar os banqueiros.

A *faute* primitiva responsabilizava sem saber por quê. Mas o atual esquema da *faute* pressupõe a ilicitude (violação da norma).

Onde fica o *erro de conduta*? Não basta a garantia, tem-se que verificar o *cash float*. O dever de prestar informações. O filão está nas regras protetivas prudenciais. Com base nelas pode-se proteger o terceiro.

A culpa aquiliana é lata. Cabe à vítima provar o dano.

Na culpa contratual a violação ao contrato presume a culpa.

Explicou-se, nos debates, que o sistema brasileiro continua sendo o da culpa pura, inclusive no projeto do Código Civil, embora o Código de Defesa do Consumidor tenha adotado a culpa objetiva. Mas o projeto faz concessões ao princípio da boa-fé, o que vai resultar em um sistema misto, uma bela salada, com dificuldades para sistematizar a matéria.

Para Menezes Cordeiro, no caso de bancos, o nexo de causalidade não tem solução clara. A conduta do banqueiro pode causar danos em cascata (danos remotos).

Concluiu que, de qualquer modo, para responsabilizar o banco pela má concessão do crédito, teria de haver a violação da norma. Dê-me um caso em que o banco agiu com ilicitude e eu farei dele o ponto de apoio para responsabilizá-lo, tal qual a alavanca de Arquimedes, o filósofo grego.

O direito bancário é um direito de informações. O CDC, em seu art. 52, prevê esse dever de informação no fornecimento de produtos ou de serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, incluindo o montante dos juros, a taxa efetiva anual e os acréscimos legalmente previstos.

No direito bancário, em face da perfeita predeterminação dos intervenientes — banqueiro e cliente — e tendo em conta o valor das operações e a necessidade extrema da precisão, as informações redobram de valor.

Um banqueiro dá informações inexatas a um cliente que, assim, adquire um mau produto e tem prejuízos. Um cliente engana o banco quanto às suas possibilidades econômicas. Bancos emitem informações preliminares ou trocam informações inexatas. Nuns casos há engano mas de boa-fé; noutros, negligência; noutros, finalmente, uma vontade direta, necessária ou eventual de enganar.

A professora francesa Andrée Brunet disse que crédito é confiança, mas que a confiança é *frágil*. O financiamento do banco dá-lhe uma *aparência de solidez*. Fez referência ao art. 1.380 do CC francês.

Referiu-se aos saques a descoberto e ao chamado crédito de tesouraria. Pergunta o que é. O banqueiro, para ela, *nada como peixe n'água*. E o mutuário, digo eu, afoga-se até na banheira ou na bacia.

No direito italiano, a responsabilidade dos bancos ocorre pela sustentação de um empresário que não mais deveria participar do mercado. O art. 1.175 do CC italiano, que exige às partes que se comportem com retidão (*secondo correttezza*, retamente, honestamente), remete ao art. 1.227, pelo qual, se o fato culposo do credor concorreu para ocasionar o dano, o ressarcimento é diminuído segundo a gravidade da culpa (culpa concorrente). E a segunda parte, pela qual a indenização não é devida pelos danos que o credor teria podido evitar, usando a diligência ordinária. (Não sei até que ponto seria aplicável ao caso da Encol, ou da Interunion, por exemplo, se os bancos faltaram com o dever de diligência. E a responsabilidade do Banco Central em demorar para intervir nos bancos que foram posteriormente liquidados?)

Mas, uma das conseqüências poderia ser o retorno à massa falida dos bens dados em garantia ao banco, por empréstimo abusivo. Outra hipótese: o interessado na compra de um apartamento depara-se com uma grande placa no tapume da obra, dizendo que ela está sendo financiada por um grande banco. Não duvida da solidez do crédito. Mas ignora que todas as futuras unidades estão hipotecadas. Adquire de boa-fé o imóvel e

paga o preço ao empreendedor. Este, porém, não faz o repasse ao banco. Resultado: dá-se a execução, respondendo a garantia hipotecária. E o comprador que pagou o preço integralmente, confiando no crédito concedido, como fica? Se ficar provado que houve má concessão do crédito, como no caso da Encol, entendendo viável — em tese — que o banco venha a responder, perdendo a garantia hipotecária.

Ao conceder o crédito, a preocupação do banco é com o retorno. Mas o crédito é considerado condição para o exercício da cidadania e do desenvolvimento.